

VU Research Portal

Bouwstenen van het recht

Struiksma, J.

published in

IPR in de spiegel van Paul Vlas
2012

document version

Early version, also known as pre-print

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Struiksma, J. (2012). Bouwstenen van het recht. In F. Ibili, M. E. Koppenol-Laforce, & M. Zilinsky (Eds.), *IPR in de spiegel van Paul Vlas* (pp. 221-228). Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

IPR in de spiegel van Paul Vlas

Opstellen aangeboden aan Prof. mr. dr. P. Vlas ter gelegenheid van zijn zilveren ambtsjubileum als Hoogleraar Internationaal Privaatrecht en Rechtsvergelijking aan de Vrije Universiteit Amsterdam

F. Ibili
M.E. Koppenol-Laforce
M. Zilinsky
(red.)

 **Kluwer**
a Wolters Kluwer business

Kluwer – Deventer – 2012

BOUWSTENEN VAN HET RECHT

J. Struiksma*

1. Inleiding

Er bestaan grote verschillen tussen de vormen waarin het recht zich in uiteenlopende samenlevingen presenteert. Deze zijn het gevolg van toevallige historische ontwikkelingen, economische noodzakelijkheden en culturele eigenaardigheden. Als we aannemen dat het recht overal op dezelfde wijze is ontstaan, moeten er fundamentele kenmerken van het recht bestaan, die onder meer zouden kunnen worden gebruikt om verschillen en overeenkomsten tussen uiteenlopende rechtssystemen te beschrijven. Het bestaan van zulke fundamentele bouwstenen van het recht is gepostuleerd door Hohfeld.¹ Uit onvrede over het in zijn ogen slordige gebruik van het woord recht, beschreef hij in 1913 acht fundamentele juridische concepten waarmee, zo stelde hij, alle juridische problemen konden worden ontleed. In de woorden van Hohfeld gaat het om 'strictly fundamental legal relations' die sui generis zijn: niet meer opdeelbaar en niet herleidbaar. De invloed van het gedachtegoed van Hohfeld blijkt uit een eindeloze hoeveelheid publicaties.² Deze invloed is tot nu toe echter beperkt gebleven tot de Anglo-Amerikaanse rechtstheorie.

In deze bijdrage wil ik deze verhoudingen nog eens in de aandacht plaatsen. Ik doe dat door ze te beschrijven en in te gaan op de vraag of het inderdaad gaat

* Prof. mr. J. Struiksma, hoogleraar bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

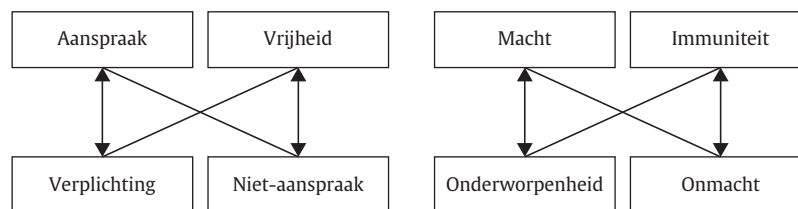
1 W.N. Hohfeld, 'Some fundamental Legal conceptions as applied in judicial reasoning', *Yale Law Review* 1913-1914, p. 16-59 (Hohfeld). Overigens was hij niet de eerste in de zoektocht naar elementaire verhoudingen. Hij breidde datgene wat door voorgangers al was aangedragen uit tot een logisch compleet geheel. Zie hierover W.W. Cook, 'Hohfeld's contributions to the science of law', *Yale Law Journal* 1918-1919, p. 723 (Cook).

2 Zie bijvoorbeeld het overzicht van bijdragen aan dat debat zoals opgenomen in J.W. Singer, 'The Legal rights debate in analytical jurisprudence from Bentham to Hohfeld', *Wisconsin Law Review* 1982, p. 989-991. Zie ook A.K.W. Halpin, 'Hohfeld's conceptions: from eight to two', *Cambridge Law Journal* 1985, p. 435-457 (Halpin). Zie verder voor een beschrijving van de moderne versie van de Hohfeldiaanse analyse en voor een overzichtelijke introductie op Hohfeld: G.W. Rainbolt, *The concept of Rights*, Dordrecht: Springer 2006 (Rainbolt), ook online beschikbaar via juridische bibliotheken: <http://www.springerlink.com/content/t82687/?p=130c9c382bfa4b31ba479408dc51793e&pi=0> (januari 2010).

om acht bouwstenen. Zijn het er wellicht minder? Ik ga in op enige opvattingen die in de omvangrijke literatuur zijn verschenen en geef op basis daarvan een eigen opvatting. Daarnaast behandel ik het karakter van de verhoudingen aan de hand van een aantal vragen. Zijn het 'legal relations'? Het zou vreemd zijn om te spreken van rechtsverhoudingen, omdat het recht logischerwijs niet van toepassing kan zijn op verhoudingen waaruit het zelf is opgebouwd. Maar wat moeten we ons eigenlijk voorstellen bij 'bouwstenen'? En als het geen juridische verhoudingen zijn, waarom zouden we ze dan gebruiken bij rechtsvergelijking? Bij de behandeling van dit onderwerp presenteer ik een model voor het ontstaan van recht waarmee een scheiding kan worden aangebracht tussen het recht en de verhoudingen waarop het betrekking heeft, maar waarmee wel verklaard kan worden hoe feitelijke verhoudingen de wereld van het recht zijn binnengedrongen. Vooralsnog heeft dit model uitsluitend betrekking op het privaatrecht. Waar in deze bijdrage over recht wordt gesproken, wordt daarmee privaatrecht bedoeld.

2. Hohfeldverhoudingen

Kenmerkend aan Hohfelds benadering is dat hij de verhoudingen in twee soorten paren combineert, namelijk verhoudingen die elkaar uitsluiten en verhoudingen die met elkaar correleren. In een schema kan dit als volgt worden weergegeven.³



De lijnen met pijlen geven correlerende verhoudingen aan; de gewone lijnen verhoudingen die elkaar uitsluiten. Een verhouding heeft drie aspecten: twee actoren en een inhoud, die een bepaalde gedraging impliceert. Een gedraging kan zowel een handeling als een nalaten betreffen. In de omschrijving van de

³ Het schema ontleen ik aan Halpin (p. 438), die het toeschrijft aan Glanville Williams (1911-1997, University of Cambridge). Er zijn overigens verschillende vindplaatsen. De termen zijn vertaald uit het Engels, wat arbitraire keuzes noodzakelijk maakt. Hohfeld gebruikte: right en duty, privilege en no-right, power en liability, immunity en disability. Ter vermijding van misverstanden hebben anderen right vervangen door claim en daar sluit ik me in mijn vertaling bij aan. Het woord privilege is in de moderne publicaties steeds meer vervangen door liberty (vrijheid), wat ik juister acht. Liability heb ik net als Ruiters (*Bestuursrechtelijke wetgevingsleer*, Van Gorcum: Assen, 1987, p. 97) vertaald door onderworpenheid, hoewel dat woord een negatieve connotatie heeft en gehoudenheid wellicht ook een goede vertaling is. Overigens noemde Hohfeld subjection als goed synoniem (Hohfeld, p. 54). Power heb ik in navolging van Van Gerven (W. van Gerven, *Het beleid van de rechter*, NV Scriptoria: Antwerpen, 1973, p. 46) vertaald als macht, terwijl bevoegdheid ook wel wordt gebruikt. Ik deel de visie van Van Gerven dat bij een bevoegdheid sprake is van een samenstel van een power en een liberty.

gedraging mag geen normatieve uitdrukking voorkomen, zoals mogen of moeten. Het normatieve karakter ligt opgesloten in de verhouding zelf.

Van een correlatieve samenhang tussen twee verhoudingen is sprake als (1) beide verhoudingen dezelfde inhoud hebben, (2) het object van de eerste verhouding het subject van de tweede verhouding is en (3) het object van de tweede verhouding het subject van de eerste relatie is.⁴ Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Beoordeel de volgende beweringen:

- (1) Marjolein heeft een aanspraak tegenover Jochem dat Jochem niet met de auto van Marjolein rijdt
- (2) Jochem heeft een verplichting tegenover Marjolein dat Jochem niet met de auto van Marjolein rijdt.

Het subject van de aanspraak, Marjolein, is het object van de verplichting. Het object van de aanspraak, Jochem, is het subject van de verplichting. De inhoud 'dat Jochem niet met de auto van Marjolein rijdt', is dezelfde in beide verhoudingen. Beide beweringen zijn logisch equivalent. Beide verhoudingen worden dus met behulp van elkaar gedefinieerd; ze zijn met elkaar 'verstrengeld'. Dit mag op het eerste gezicht vreemd lijken, maar valt te begrijpen als we ons realiseren dat Hohfeld de verhoudingen en hun onderlinge correlatieve en uitsluitende karakter heeft gepostuleerd; ze dragen een stipulatief karakter.⁵

Aanspraak, vrijheid, verplichting en niet-aanspraak worden wel aangeduid als verhoudingen van de eerste orde; macht, immuniteit, onderworpenheid en onmacht als verhoudingen van de tweede orde omdat ze betrekking hebben op de mogelijkheid tot wijziging (of juist niet) van een verhouding van de eerste orde. Een voorbeeld kan dit verduidelijken:

Marjolein heeft de macht ten opzichte van Jochem dat Marjolein verandert

Jochem heeft een verplichting tegenover Marjolein dat Jochem niet met de auto van Marjolein zal rijden
in

Jochem heeft een vrijheid tegenover Marjolein dat Jochem met de auto van Marjolein zal rijden

door Jochem toestemming te verlenen met de auto van Marjolein te rijden.

3. Een intuïtieve beschrijving

Het stipulatieve karakter van de Hohfeldverhoudingen staat er niet aan in de weg dat we voor de begrijpelijkheid ervan een beschrijving kunnen geven. Deze beschrijvingen dragen een intuïtief karakter. Ze kunnen de verhoudingen niet

4 Rainbolt, p. 2. Ook het voorbeeld is aan Rainbolt ontleend. Hohfeld definieert correlativiteit niet en geeft uitsluitend voorbeelden. Ook de termen subject, object en inhoud worden door hem niet gebruikt.

5 Zie voor een verhelderende uiteenzetting op dit punt N. Lazarev, 'Hohfeld's Analysis of Rights: An Essential Approach to a Conceptual and Practical Understanding of the Nature of Rights', <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2005/9.html>.

definiëren, maar kortheidshalve heb ik de beschrijvingen wel een definitorische redactie gegeven, zoals anderen dat ook hebben gedaan.

Aanspraak is de verhouding waarbij een persoon van een ander kan verlangen een bepaalde handeling te verrichten of daarvan af te zien. Met verplichting wordt het spiegelbeeld aangeduid: een persoon moet ten behoeve van een ander persoon een bepaalde handeling verrichten of die handeling nalaten. Vrijheid is de verhouding waarbij iemand vrij is ten opzichte van een ander om een handeling te verrichten of na te laten, zonder daarbij een aanspraak van die ander te schenden. De verhouding van de ander wordt daarom aangeduid als niet-aanspraak. Een macht stelt iemand in staat om een Hohfeldverhouding te wijzigen. De ander moet deze wijziging dulden. Zijn positie wordt aangeduid met onderworpenheid. Bij een immuniteit hoeft iemand juist niet te dulden dat een Hohfeldverhouding wordt gewijzigd. Daarmee correleert de onmacht van die ander om de verhouding te wijzigen.

4. Het elementaire karakter

Om te beginnen moet ik erop wijzen dat Hohfeldverhoudingen noodzakelijkerwijs slechts een elementair karakter hebben omdat ze geïsoleerd worden beschreven, terwijl ze in de werkelijkheid slechts voorkomen in combinaties. Als van een Hohfeldverhouding kan worden aangetoond dat zij kan worden ontleed in een aantal andere Hohfeldverhoudingen, dan gaat het dus niet om een elementaire verhouding. De discussie heeft zich vooral geconcentreerd op de verhouding vrijheid. Hohfeld stelde dat een vrijheid het tegenovergestelde is van een verplichting en maakte dat duidelijk aan de hand van een voorbeeld van een landeigenaar. Ik citeer:

X...himself has the *privilege* of entering the land; or, in equivalent words, X does not have a duty to stay off. The privilege of entering is the negation of a duty to stay off.When it is said that a give privilege is the mere negation of a *duty*, what is meant, of course, is a duty having a content or tenor precisely *opposite* to that of the privilege in question...X's privilege of entering is the precise negation of a duty to stay off.⁶

Als vrijheid slechts de ontkenning van een verplichting is, dan gaat het niet om een fundamentele bouwsteen, zo stelt Halpin. Hetzelfde geldt ook niet-aanspraak. Er blijven daardoor twee verhoudingen van de eerste orde over: aanspraak en verplichting.⁷ Halpin betoogt verder dat de verhoudingen van de tweede orde alle zijn terug te brengen tot samenstellingen van vrijheden, aanspraken en verplichtingen. Omdat vrijheden in zijn ogen samenstellingen zijn van vrijheden en verplichtingen, blijven er in de benadering van Halpin slechts twee verhoudingen over: aanspraken en verplichtingen.⁸ Waar men in de praktijk wel spreekt van vrijheden, gaat het volgens Halpin om niets anders dan samenstellingen van aanspraken die bescherming bieden tegen inbreuken door derden. Anderen, waaronder Rainbolt, hebben dit standpunt bestreden en

6 Hohfeld, p. 32 (ingekort en voorzien van de oorspronkelijke cursivering).

7 Halpin, p. 441 e.v.

8 Halpin, p. 452 e.v.

gesteld dat datgene wat overblijft na het verwijderen van de beschermende aanspraken, wel degelijk als vrijheid een eigen bestaan als elementaire verhouding heeft.⁹ Hij noemt het voorbeeld van een docent die een parkeerpas heeft waardoor hij toestemming heeft om op de campus te parkeren. Een aanspraak op een plaats heeft hij echter niet, want de universiteit heeft niet gegarandeerd dat er voor hem daadwerkelijk een plaats beschikbaar is. In de visie van Rainbolt heeft de docent dus een vrijheid om een handeling te verrichten, maar geen aanspraak. Naar mijn mening kan ook dit voorbeeld het concept vrijheid niet redden. Het is ook hier niet anders dan de afwezigheid van een verplichting, namelijk om niet op het universiteitsterrein te parkeren.

O'Reilly heeft gesteld dat vrijheid niets anders is dan een combinatie van de deontische modaliteiten vrijstelling, die resulteert in een vrijheid om iets niet te doen, en toestemming die vrijheid geeft om iets wel te doen).^{10,11} Naar mijn mening voegt dit laatste niet veel toe. De deontische modaliteiten betreffen de vormgeving van zogenaamde normzinnen. Deze normzinnen vestigen een verhouding en belichamen die verhouding zelf niet. Bij de modaliteiten vrijstelling en toestemming gaat het om de uitoefening van een macht: de mogelijkheid om een verhouding van de eerste orde te veranderen. Volgens we Halpin, dan is een macht op te delen in een samenstelling van aanspraken en verplichtingen. De transformatie naar een deontische modaliteit zal de verhouding vrijheid dus niet redden. Naar mijn mening heeft Halpin een goed punt en kunnen we inderdaad volstaan met twee fundamentele bouwstenen: aanspraak en verplichting.

5. Juridische verhoudingen?

Het is de vraag of we er goed aan doen om te stellen dat verhoudingen de bouwstenen van het recht zijn. Het recht bestaat uit regels die op verhoudingen betrekking hebben. Deze verhoudingen kunnen daarom niet anders dan feitelijk van aard zijn, maar ze hebben wel een juridische naam, met een bijbehorende begripsomschrijving. Deze juridische naam behoort tot de wereld van het recht. Ik geef een voorbeeld. Het hypotheekrecht wordt door art. 3:227 BW omschreven als een beperkt zekerheidsrecht op registergoederen. Het recht wordt in de meeste gevallen gevestigd naar aanleiding van een overeenkomst van verbruikleen van geld. Met andere woorden: iemand wil geld lenen van een geldverstrekker. De geldverstrekker verplicht zich tegenover de aanvrager om een lening te verstrekken als de aanvrager van een lening zich tegenover de verstrekker verplicht om zekerheid te verschaffen op een registergoed. De geldverstrekker heeft tegenover de aanvrager een aanspraak op de vestiging van de zekerheid. Wordt die zekerheid gevestigd, dan heeft de aanvrager van de lening ten opzichte van de verstrekker een aanspraak op het bedrag van de lening. Weigert de aanvrager medewerking aan vestiging van de zekerheid, dan

⁹ Rainbolt, p. 6 e.v.

¹⁰ D.T. O'Reilly, 'Are there any fundamental legal conceptions?', *University of Toronto Law Journal* 1999, p. 276.

¹¹ Ruiter, p. 65.

heeft de geldverstrekker tegenover de aanvrager de bevoegdheid om een vordering tot medewerking bij de rechter in te dienen, waartegen de aanvrager zich niet kan verzetten. De inhoud van de verschillende verhoudingen en het ontstaan daarvan kunnen in dit geval grotendeels door de betrokkenen zelf worden bepaald, maar daarop zijn ook dwingendrechtelijke bepalingen van toepassing. Juristen hebben de neiging dit hele conglomeraat tot de wereld van het recht te laten behoren, maar dat is natuurlijk niet zo. Het gaat om een bepaalde samenstelling van feitelijke verhoudingen, die van een naam kan worden voorzien en onder een definitie kan worden gebracht. Deze definitie past binnen een heel groot systeem van door de rechtswetenschap gevormde begrippen en wordt door de wetgever gebruikt om op deze specifieke combinatie van feitelijke verhoudingen regels van toepassing te laten zijn. Hoe is dit zo gegroeid?

6. Het ontstaan van recht

Aan het begin van de ontwikkeling van een samenleving is er een situatie waarin recht zoals wij dat nu kennen, afwezig is. Maine brengt die situatie zo onder woorden:¹²

'It is certain that, in the infancy of mankind, no sort of legislature, not even a distinct author of law, is contemplated or conceived of. Law has scarcely reached the footing of custom; it is rather a habit. It is, to use a French phrase, 'in the air'. The only authoritative statement of right and wrong is a juridical statement after the facts, not one presupposing a law which has been violated, but one which is breathed for the first time by a higher power into the judge's mind at the moment of adjudication.'

In die beginsituatie zijn er uiteraard al wel geschillen tussen mensen. Deze ontstaan naar aanleiding van bepaalde gedragingen: het verrichten van bepaalde handelingen of juist het achterwege laten daarvan. De vraag die moet worden beantwoord, is of een bepaalde gedraging van een partij tegenover een andere partij wel of niet verplicht is. Het gaat dus om de vaststelling van aanspraken en verplichtingen en om de inhoud van die verhoudingen. Geschillen worden uitgevochten, maar op den duur ook voorgelegd aan een geschilbeslechter.

Een geschilbeslechter zal in een dergelijke beginsituatie moeten uitgaan van een eigen opvatting over wat tussen partijen die een geschil aan hem voorleggen, verplicht is. We kunnen ook zeggen dat hij uit zal gaan van zijn rechtvaardigheidsgevoel. Dat een rechtvaardigheidsgevoel bestaat, is niet bestreden, wel tot welke uitkomsten de toepassing ervan zou moeten leiden. We zouden het rechtvaardigheidsgevoel kunnen omschrijven als een intuïtie over de manier waarop belangen van partijen tegen elkaar moeten worden afgewogen en over de gewichten die aan die belangen moeten worden gehecht. Uit gesprekken met hedendaagse geschilbeslechters blijkt dat zij zich door een dergelijk gevoel laten leiden en er zijn talloze schrijvers die de rol van het

¹² H.S. Maine, *Ancient Law*, derde druk, Londen: John Murray, 1866, p. 8.

rechtvaardigheidsgevoel in het proces van geschilbeslechting hebben beschreven. Paul Scholten schreef: '...ieder goed rechter streeft er altijd weer naar om dat op te leggen, wat hij in eigen geweten verantwoorden kan'.¹³

7. Geschilbeslechting als probleemoplossing

Het beslechten van een geschil is op te vatten als probleemoplossing.¹⁴ Een geschilbeslechter reageert op een probleem dat is gebaseerd op een externe waarneming, namelijk het verzoek (of de verplichting) om een geschil te beslechten. Er is nog een andere externe waarneming, namelijk de beschrijving van de feiten en omstandigheden van het geschil door partijen en eventuele eigen waarnemingen. Deze externe waarnemingen moeten worden gebruikt bij de oplossing van een intern probleem, namelijk het vinden van een juist oordeel. In de nulsituatie heeft een geschilbeslechter nog nooit een oordeel gegeven. Hij zal daarom naar bevind van zaken moeten handelen en zonder ervaring met eerdere geschillen een oordeel moeten formuleren. Dat oordeel is daarom geheel gebaseerd op zijn rechtvaardigheidsgevoel. Het moet echter wel een reactie bevatten op de feiten en omstandigheden, aan de hand waarvan partijen hun belangen hebben gepresenteerd. Welke feiten en omstandigheden belangrijk zijn om een oordeel te kunnen vellen en welk gewicht aan bepaalde belangen moet worden gehecht, is in het begin onduidelijk en varieert per geschil. In dit onbekende terrein wordt de weg gewezen door het rechtvaardigheidsgevoel. De richting die het aanwijst is bepalend voor de keuzes die voor het concrete geval worden gemaakt. Deze keuzes hebben betrekking op de vraag welke gedragingen tussen partijen verplicht zijn. Na ieder beslecht geschil zal een geschilbeslechter een samenvatting van de feiten en omstandigheden opslaan in zijn geheugen, gekoppeld aan de verplichtingen waarvan hij heeft aangenomen dat die tussen partijen gelden.

Als een zelfde type geschil zich vaker voordoet, doet de geschilbeslechter ervaring in dat type op. Ervaring betekent dat hij het type gaat herkennen aan de hand van terugkerende kenmerken. Hoewel de feiten en omstandigheden steeds verschillen, kunnen ze in dat type geschil altijd worden herleid tot dezelfde kenmerken: de combinatie van aanspraken en verplichtingen waarover het geschil is ontstaan (de betwiste verhouding), de gedraging die aanleiding tot het geschil gaf (de betwiste gedraging) en de tussen partijen geldende verplichtingen zoals door hem aangenomen. Naarmate deze kenmerken hem meer zullen opvallen, zullen ze zich steeds sterker en preciezer in zijn geheugen gaan vastzetten. Er is dan een beslisregel ontstaan.¹⁵ Deze heeft de volgende vorm: als sprake is van betwiste verhouding A en betwiste gedraging B, en als (niet) voldaan is aan de voor partijen geldende verplichtingen, dan is (de inhoud van/het bestaan van) de vast te stellen verhouding C. In deze beslisregel worden

13 P. Scholten, *Algemeen deel*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1934, p. 175.

14 P. van Strien, *Psychologie van de wetenschap*, Amsterdam: University Press 2011, p. 60 e.v.

15 A.D. de Groot, *Het denken van den schaker. Een experimenteel-psychologische studie*, Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij: Amsterdam 1946, p. 48.

de in de werkelijkheid van een geschil bestaande verhoudingen en gedragingen gebracht onder een door de geschilbeslechter gekozen naam aan de hand van een door hem gekozen begripsomschrijving. Dit betekent niet dat er in het geheugen een heel precieze begripsbepaling aanwezig is die de betekenis van de verhouding en gedraging strikt omschrijft en die de bijbehorende verplichtingen nauwgezet begrenst. Het is meer een intuïtieve notie, die zich aan de hand van nieuwe geschillen kan blijven ontwikkelen. Naderhand zal het tot de taak van de rechtswetenschap gaan behoren deze namen en begripsomschrijvingen langs een kritische maatlat te leggen en te incorporeren in een omvattend systeem. Met die gesystematiseerde begrippen zal een wetgever vervolgens tot de vaststelling van regels kunnen komen.

8. Bevindingen

Er bestaan twee fundamentele feitelijke verhoudingen, aanspraak en verplichting, die uiteenlopende gedragingen als inhoud kennen en in uiteenlopende combinaties voorkomen. Via geschilbeslechting, systematisering en regelgeving zijn op deze combinaties van verhoudingen rechtsregels van toepassing geworden. Dit impliceert dat deze combinaties van verhoudingen een naam en begripsomschrijving hebben, die tot de wereld van het recht behoren. Deze begripsomschrijvingen zijn te ontleden in onderdelen die betrekking hebben op de verhoudingen aanspraak en verplichtingen.